

Danos Y Perjuicios Transporte Subterraneo Pasajera Lesionada Al Descender Responsabilidad Objetiva Defensa Del Consumidor

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Transporte subterráneo. Pasajera lesionada al descender. Responsabilidad objetiva.

Defensa del consumidor Se mantiene la sentencia que condenó a la empresa de subterráneos a resarcir los daños sufridos por una pasajera al descender de la formación, cuando su pie se atoró entre el vagón y el andén. En Buenos Aires, a los 3 días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala ?L? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado ?C.M. y otro c/ Metrovías S.A s/ daños y perjuicios? de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Iturbide dijo: I. Contra la sentencia dictada a fs. 318/333 en la que la señora jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por M.C. y condenó a Metrovías S.A. a abonar a la actora la suma de \$ 112.320, con más sus intereses y costas, en el plazo de diez días, expresaron agravios la demandada a fs. 344/353, los que fueron contestados a fs. 360/364, y la actora a fs. 355/358, los que no han sido respondidos. En consecuencia, las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar sentencia definitiva. II. En su expresión de agravios, Metrovías S.A. cuestionó la atribución de responsabilidad civil, criticando esencialmente la valoración efectuada por la a quo de la prueba obrante en el expediente. Se quejó asimismo por la procedencia, y en subsidio por la cuantificación fijada en la sentencia recurrida para la incapacidad psicofísica sobreviniente y por la admisión del resarcimiento del tratamiento psicológico. Por último, se quejó por la tasa de interés aplicada por la magistrada de grado. Por su parte, la actora requirió la elevación de los montos para las partidas resarcitorias correspondientes al daño físico, al daño psíquico, a los gastos médicos, farmacéuticos y de traslado y al daño moral. III. Aclaración preliminar Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso. Por ello en este caso no resulta aplicable el Código Civil y Comercial de la Nación que comenzó a regir el 1 de agosto de 2015, sino la normativa vigente a la fecha en que aquél tuvo lugar (Kemelmajer de Carlucci, Aída, ?La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, p. 100, Ed. Rubinzal Culzoni; Caputto, María Carolina, ?Aplicabilidad del nuevo Código ante la apelación de una sentencia anterior?, en Rev. La Ley, 30/10/1025; CSJN, 5/2/98, D.J. 1998-2-95, La Ley, 1998-C-640; fallo plenario recaído en la causa ?Rey, José c/Viñedos y Bodegas Arizu S.A.?, La Ley 146-273, con nota de Nieto Blanc, ?Retroactividad de la ley y daño moral?, en J.A. 13-1972-352; CNCiv., Sala M, voto de la Dra. Benavente en autos ?Legal, Carmen Esthela y otros c/José Cartellone Construcciones Civiles S.A. y otros s/daños y perjuicios?, 4/9/2015, publicado en Gaceta de Paz, 27 de octubre de 2015; CNCiv., Sala H, voto del Dr. Fajre, en autos ?Savy S.A. c/DAddona S.A. y otros s/daños y perjuicios?, expíe. N° 51.551/2010, 5/10/2015, publicado en Gaceta de Paz, 29 de octubre de 2015). Ocurre que el nuevo Código Civil y Comercial es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren, y también a las consecuencias no agotadas de las relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley. Únicamente es aplicable el nuevo cuerpo legal a las relaciones o situaciones jurídicas que no se encuentren agotadas aún en cuanto a sus efectos o contenido (?no consumadas?), y siempre que tengan origen legal (por ejemplo, los intereses derivados del resarcimiento de un daño que no hubieran sido pactados por las partes) (Jalil, Julián Emil, La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, octubre de 2015, Buenos Aires, La Ley, p. 151 y ss.). Al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1737 del Código Civil y Comercial y 1067 del anterior Código Civil), aquellos que dieron origen a este proceso constituyeron, en el mismo instante en que se produjeron, la obligación jurídica de repararlos. Es por ello que, más allá de considerar que en lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial ha de seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia, pues como recordaba Vélez en su nota al viejo artículo 4044 -luego derogado por la ley 17.711-, ?el interés general de la sociedad exige que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir?, en este caso puntual, debe atenderse a aquella limitación por aplicación del principio consagrado en el artículo 7 del nuevo ordenamiento legal (cfr. CNCiv., Sala B, voto del Dr. Parrilli, en autos ?Martínez, José Eduardo c/Varela, Osvaldo, Héctor y otros s/daños y perjuicios?, 6/8/2015). Siguiendo esa línea de ideas, coincido con quienes afirman que, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe las decisiones judiciales no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo consagre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1 y 2, sino porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22. Tampoco pueden ignorarse los valores que inspiran

nuestro ordenamiento jurídico porque éstos se sintetizan en el mandato de "afianzar la justicia" contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana (ver voto del Dr. Parrilli en los autos ya citados). Por tales consideraciones, habré de encuadrar mi voto en esta sentencia en el marco jurídico del Código Civil de la Nación y del Código Comercial de la Nación, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y del art. 42 de la Constitución Nacional.

IV. Una resolución ajustada a derecho del caso requiere ante todo su adecuado encuadre jurídico y normativo. En este sentido, el marco legal aplicable viene dado, por un lado, por las disposiciones relativas a los daños y perjuicios causados en el contexto de un contrato de transporte, resultando de aplicación lo normado por el artículo 184 del Código de Comercio que regula el régimen de responsabilidad del empresario o transportador en caso de muerte o lesión del pasajero (conf. CNCiv., Sala C, 21/8/89, ED, 30588; íd., Sala F, 27/11/89, ED, 321739). De ocurrir un infortunio durante el transporte no se está en presencia de una culpa aquiliana, sino de una responsabilidad objetiva derivada de una falta esencialmente contractual, en el marco de la obligación que contraen las empresas de transporte de efectuar la conducción segura del pasajero. Por ello, el transportista resulta responsable y sólo puede exonerarse de su responsabilidad demostrando, a su vez, que el suceso ocurrió por caso fortuito, culpa de la víctima, o por el hecho de un tercero (cfr. CSJN; Fallos: 313:1184; 316:2274; 321:1462; 322:139 y 323:2930). El contrato de transporte significa necesariamente para el acarreador la obligación de conducir al viajero a su destino en el estado en que lo recibió, es decir, sano y salvo. Por el simple hecho de esta obligación aquél es responsable y a él le incumbe la prueba de la eximente. El empresario de transporte asume una obligación de resultado, que en el transporte se trata de una prestación, para la persona transportada, de ser puesta "puntualmente e incólume, o sea sin daños, en el lugar de destino, contra su obligación de pagar el precio del viaje" (conf. Messineo, F., "Manual de Derecho Civil y Comercial", t. V; Anaya, J. L. y Podetti, H., "Código de Comercio y leyes complementarias comentadas y concordadas", t. III, p. 334 y ss.). Con respecto a la obligación de seguridad en el contrato de transporte de personas, cabe dejar sentado que se trata de una obligación que integra el plexo del contrato y deriva del deber de buena fe que impone el art. 1198, primera parte, del Código Civil y consagran el art. 9 -como principio general del Derecho Civil y Comercial- y el art. 961 -como pauta rectora de los contratos- del Código Civil y Comercial. En virtud de la obligación de seguridad, el transportador tiene el deber no sólo de llevar al pasajero a su destino (obligación principal), sino a conducirlo sano y salvo (obligación secundaria); de manera que es responsable por el incumplimiento contractual representado por cualquier daño a la vida o a la salud que sufra el viajero. Ello se ve reafirmado en la actualidad a raíz de las obligaciones impuestas al transportista en el contrato de transporte de personas por el art. 1289 del nuevo Código Civil y Comercial. Recae, además, sobre el transportista una obligación de seguridad que surge de manera expresa del art. 42 de la Constitución Nacional, en tanto establece que el consumidor tiene derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, así como del art. 5 de la ley 24.240, según el cual "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". Se ha sostenido que el sistema de responsabilidad diseñado en la norma mencionada tiene un corte netamente objetivo pues el art. 5 de la ley 24.240 importa la imposición en cabeza del proveedor (en el caso, la demandada) de una obligación de seguridad de resultado, consistente en garantizar al consumidor o usuario que no sufrirá daños en su persona o bienes en el ámbito abarcado por la relación de consumo (v. Picasso, Sebastián, "Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor" -en coautoría con Javier H. Wajntraub-, JA, 1998-IV-753, y "Responsabilidad civil por daños al consumidor", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXI, p. 753 y ss. Vid. asimismo López Cabana, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel (dir.), "Derecho del consumidor", nro. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; Mosset Iturraspe, Jorge - Lorenzetti, Ricardo L., "Defensa del consumidor", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311). En otras palabras, cualquier daño sufrido por el consumidor en ocasión o con motivo de la relación de consumo pone en funcionamiento la responsabilidad objetiva del proveedor, quien para exonerarse está precisado de probar la ruptura del nexo causal (conf. Wajntraub, Javier H., "Protección jurídica del consumidor", Lexis- Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 64; CNCiv., Sala G, 21596, "Leiva, José Emilio c/ Transportes Guido SRL", BASE Micro CDS/ISIS, sumario n° 8229). El Máximo Tribunal, en los precedentes "Ferreira" (Fallos, 329:646), "Bianchi" (Fallos, 329:4944), "Ledesma" (Fallos, 331:819) y "Uriarte" (Fallos, 333:203), sentó una categórica doctrina judicial al señalar que, por imperio de la Norma Fundamental, la relación de consumo debe entenderse con sentido lato, y que ella conlleva una obligación de seguridad a cargo del proveedor. En particular, resulta sumamente relevante tener en cuenta el precedente "Ledesma", toda vez que la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación es de trascendental relevancia para todos los tribunales de la República, y el caso que allí se debatió consistía, como las presentes actuaciones, en un reclamo resarcitorio interpuesto por una pasajera contra Metrovías S.A. a raíz de haber introducido el pie en el hueco existente entre el vagón de una formación del subterráneo y el andén de la estación, con la generación de daños y perjuicios a raíz del siniestro. En dicho pronunciamiento, el Alto Tribunal estableció que la seguridad ha de ser entendida "como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o

la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos. La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios?. Ahora bien, la Corte Suprema ha destacado asimismo la condición de vulnerabilidad en la que suelen hallarse la vasta mayoría de los consumidores y usuarios de servicios. Así, en el considerando 7° de la referida sentencia, se consideró que ?los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial. Un comerciante exigiría a un colega una serie de pruebas y de información para celebrar un contrato de transporte de mercaderías valiosas, y si no lo hace, no podrá invocar su propia torpeza. En cambio, el usuario de un servicio de subterráneos, que sale del vagón rodeado de gente, sin poder ver siquiera el piso, apretujado y empujado hacia la salida, no puede desempeñar el mismo estándar de diligencia. Sería contrario a las costumbres y hasta absurdo que antes de subir exigiera información sobre las medidas de seguridad que tiene el vagón, o en los momentos previos al descenso interrogara al guarda, que tampoco suele estar presente, sobre los riesgos que existen en ese acto?. En esa inteligencia, cabe tener en cuenta que en ese mismo considerando como así también en el noveno del mencionado pronunciamiento, el Máximo Tribunal ponderó especialmente la confianza especial que tiene el usuario común del servicio de subterráneos en la empresa prestadora del servicio, así como el deber de buena fe en cabeza de esta última en la ejecución de sus obligaciones emergentes del contrato de transporte oneroso. Así, quedó establecida la doctrina judicial según la cual ?el ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad creada y representada por el derecho (Sic). El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera que el consumidor se comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio (...) Los prestadores de servicios públicos deben cumplir sus obligaciones de buena fe que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de preparar el descenso de modo que nadie más sufra daños... La empresa debió adoptar las medidas necesarias para asegurar el ordenado ascenso y descenso de los pasajeros de los vagones; ya sea, por ejemplo, mejorando la frecuencia de las formaciones para evitar las aglomeraciones en los andenes o instruyendo a su personal para que el servicio se desarrolle -principalmente en las "horas pico"- sin tropiezos ni peligros; originados usualmente en empujones, golpes y pisotones -por regla involuntarios- entre los usuarios. Un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes?. En último término, la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42 de la Constitución Nacional), y en el mismo sentido lo hace el art. 8 bis de la ley N° 24.240 modificada por la ley N° 26.361. En el mismo pronunciamiento, la Corte Suprema consideró que ?el trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece. Ello incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo? (consid. 10). V. A la luz de esos principios, no comparto las críticas de la demandada en torno a la responsabilidad que le fue atribuida por el accidente descrito en el escrito inicial, razón por la cual -lo adelanto- el primer agravio vertido por Metrovías S.A. no habrá de acogerse favorablemente. Ello es así, pues como seguidamente se verá, con los elementos probatorios incorporados al proceso puede arribarse a un razonable grado de certeza acerca de la existencia del siniestro y de las circunstancias en que aquél tuvo lugar. Por un lado, cuento con la declaración testimonial del Sr. Juan José Otazo que luce a fs. 139, en la cual manifestó que estando presente en el lugar y el momento de los hechos, ?vio que estaba el subte parado y la estaban ayudando casualmente a la señora que tenía trabada la pierna entre el andén y el subte en el espacio que queda del borde y cuando ella queda sola y el subte había demorado un poco y el subte se va y el testigo se acerca y la actora le cuenta lo que le había pasado y vio que le dolía mucho la pierna que le había quedado trabada... (sic)? (fs. 139). Asimismo, las circunstancias que continuó relatando el testigo son consistentes con la versión de los hechos brindada por C. en su demanda,

toda vez que refirió haber acompañado a la actora hasta la estación de Constitución y haber ella traspasado el molinete, donde se encontraba presente personal de la empresa demandada; y que le indicó llamar a una ambulancia del SAME y le dejó un papel con sus datos personales. Del mismo modo, ante la primera pregunta de la demandada acerca de la parte del andén en la que ocurrió el siniestro, identificó que éste tuvo lugar cerca del motorman (es decir, del primer vagón que encabeza la formación) y en la primera o segunda puerta, tal como lo expresó C. en su escrito inicial. Aclaro que he de ponderar dicha prueba de acuerdo a la regla de la sana crítica, en los términos de los arts. 386 y 456 del Código Procesal, a pesar de tratarse de un único testigo presencial del hecho, pues ¿en la actualidad, como consecuencia de la adopción del sistema de la sana crítica a los fines de la valoración de la prueba, carecería de toda justificación excluir el valor del testimonio único. La ley deja librada su apreciación al juez, ya que la máxima ¿testis unus testis nullus?, que consagraron las Partidas por influencia del Derecho canónico, resulta inaplicable como criterio regulador de la valoración del testimonio? (Areán, Beatriz A., Juicio por accidentes de tránsito, Hammurabi, 2011, t. 3B, p. 383). Más aún, las declaraciones de Elmina Lucrecia Gómez (fs. 140) y Juan Carlos Santoro (fs. 141), si bien no han sido testigos presenciales del siniestro que se debate en estas actuaciones, coinciden en dar cuenta del menoscabo físico y espiritual padecido por la actora a raíz del accidente. Cabe aclarar que ninguno de los mencionados testimonios ha sido impugnado, por lo que también he de ponderarlos como piezas probatorias que contribuyen a tener por acreditado el hecho que se controvierte en autos. Del mismo modo, tal como acertadamente lo ha resaltado en su sentencia la señora jueza de primera instancia, termina de abonar la versión de los sucesos sostenida por C. la prueba informativa producida en autos. En primer término, a fs. 166/175 luce la contestación del oficio efectuada por el Hospital Argerich, de la que surge la atención médica brindada a la actora el día del accidente por traumatismo de rodilla y cadera. En segundo lugar, también el Hospital Santojanni informó a fs. 176/181 haber brindado atención médica a C. a través del servicio de guardia de traumatología, el 18 de julio de 2011 por ¿hematoma en el muslo derecho? (ver fs. 178). Y en último término, Nación Servicios S.A., en su condición de agente administrador del Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE), adjuntó a fs. 250 la constancia de movimientos registrados en la tarjeta perteneciente a la actora (ver fs. 216). De la lectura de dicho informe se advierte que éste coincide con lo expuesto por C., en el sentido de que ingresó a la línea A del subterráneo para luego hacer trasbordo con la línea C (en cuya estación ¿Mariano Moreno? ocurrió el accidente), y que la ambulancia del SAME fue solicitada apenas 6 minutos después de haber ingresado a la estación Constitución. Todos los extremos precedentemente expuestos conducen, como lo dije, a tener por cierta la dinámica con la que los acontecimientos se sucedieron de acuerdo al relato de la actora. Ahora bien, la demandada destaca e insiste con especial énfasis en lo informado por el perito ingeniero designado de oficio a fs. 185/190, quien ha manifestado que ¿de acuerdo a lo que se pudo verificar en el lugar, la distancia horizontal entre el borde del andén y el estribo de los coches es de 4 cm. (cuatro centímetros) espacio que permite introducir perfectamente el pie de una persona, no así la pierna, además entre el nivel del estribo de los coches y el nivel del andén hay una diferencia de altura de 5 cm (cinco centímetros) medida en sentido vertical, más alto el nivel del andén que el estribo del coche como se puede ver graficado en el ANEXO II, esto hace que el pie de una persona que pueda ser empujada desde el interior del coche primero choque contra el andén y luego por su propio peso se introduzca en el espacio de 4 cm entre el andén y el estribo? (fs. 189). Y al responder concretamente el tercer punto de pericia propuesto por la parte actora, informó el Ing. Scattini que ¿la actora no pudo haber ingresado una de sus piernas porque no hay espacio suficiente, en todo caso pudo haber ingresado el pie? (fs. 189). Tal como lo he sostenido reiteradamente, y en el mismo sentido se han dictado numerosos precedentes de este Fuero, el hecho de que el dictamen pericial no tenga carácter de prueba legal, no importa que el juez pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del idóneo, por lo que la desestimación de las conclusiones a las que arribara ha de ser razonable y motivada, siendo imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (CNCiv., Sala J, 10/12/2009, expte. N° 76.151/94, ¿Taboada, Carlos David c/ Lizárraga, Luis Martín?). Ahora bien, el art. 477 del Código Procesal impone a los magistrados la estimación de la fuerza probatoria del dictamen pericial ¿teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca?. Y en este caso particular, tanto las reglas de la sana crítica - pauta que, consagrada con carácter general en el art. 386 del ritual, debe guiar toda apreciación de la prueba por parte de los jueces-, como la inspección ocular y lo informado por la CNRT, según lo expondré seguidamente, forman a mi juicio convicción decisiva en el sentido de apartarme, en este litigio puntual, de lo informado por el perito ingeniero. Ello es así, porque en virtud de la medida para mejor decidir dispuesta a fs. 369 en uso de las facultades instructorias que son propias del Tribunal (arts. 36, inc. 4 y 479 del Código Procesal) y en presencia del Actuario, Dr. Manuel Pereira, el 3 de octubre de 2016 llevé a cabo la inspección ocular del lugar del siniestro. A raíz del reconocimiento judicial, al cual no concurrieron ni la demandada ni el Ing. Scattini, a pesar de así haberse establecido en la referida providencia, se labró la

correspondiente acta a fs. 381, y se tomaron las fotografías de la actora, de la estación, de las unidades y del espacio entre el andén y los coches, las cuales lucen a fs. 372/380. De la constatación in situ de las características del lugar de los hechos, esto es, de la estación Mariano Moreno de la línea C de subterráneos, de los coches, y especialmente del espacio entre éstos y el andén a la altura del primer vagón de la formación, surge que -en sentido contrario a lo informado por el perito ingeniero mecánico- es perfectamente posible que la actora haya podido introducir no sólo su pie, sino también su pierna hasta la altura del muslo, en el hueco que existe entre el coche y el andén. Ello se advierte con toda claridad de las fotografías de dicho espacio (ver en particular fs. 372 vta., 373, 374, 376 vta., 377 y 378), y las de la propia actora que obran agregadas a fs. 379 vta. y 380, en las cuales se observa su contextura física especialmente en sus miembros inferiores. Destaco especialmente la relevancia que cobra el reconocimiento judicial precedentemente referido, toda vez que constituye uno de los medios directos de prueba directa, a través del cual el órgano jurisdiccional o, en su caso, el funcionario judicial que lleva a cabo la medida se encuentra en inmejorables condiciones para acceder al conocimiento del hecho litigioso y formarse convicción sobre el particular? (Cám. 2ª Apel. Civ. y Com. La Plata, Sala I, 21/1/91, ?Maltagliati, José s/ incidente de redargución de falsedad?, elDial-W4C2B). Como último fundamento que abona el temperamento que propicio, habré de mencionar lo informado por la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), en el sentido de que ?entre el perfil del material rodante y el de las instalaciones fijas debe existir un cierto margen de seguridad que encuentra justificación en las oscilaciones laterales de los vehículos, ya sea por las condiciones de la vía, movimiento del pasaje, acción de la suspensión, etc. (...) Conforme a las consideraciones expuestas, y más aún teniendo en cuenta que se trata de una zona de vía en curva, que plantea mayores dificultades, la distancia observada entre los vehículos de la línea ?C? y en andén en la estación Moreno, para trenes que circulan en dirección a Constitución, en el lugar más desfavorable, de 11 cm., observada en una inspección de diciembre de 2011, se considera técnicamente aceptable? (fs. 206). Por todo lo expuesto, encuadrado normativamente el caso tal como lo he hecho en el considerando IV, teniendo por acreditado el siniestro del que fue víctima la actora en las condiciones expuestas, y ante la ausencia de eximentes con aptitud de exonerar o morigerar la responsabilidad objetivamente atribuida a Metrovías S.A., concluyo en que corresponde rechazar el primer agravio vertido por la demandada en cuanto cuestionó la imputación de responsabilidad civil. Así lo propongo al Acuerdo. VI. Alcance de la responsabilidad civil Una vez establecido lo anterior, cabe analizar las quejas de los apelantes vinculadas a la procedencia y la cuantificación de los rubros de la cuenta resarcitoria. 1. Incapacidad psicofísica sobreviniente Se agravieron tanto la demandada como la actora por lo resuelto en el pronunciamiento apelado en relación al resarcimiento de la incapacidad psicofísica sobreviniente, la primera por considerar improcedente la partida o bien, en su defecto, cuantificada en exceso, y C. porque estimó su monto reducido. Al respecto, habré de señalar ante todo, que como acertadamente lo ha apuntado la Dra. Mattera en su voto en los autos ?S.M.A. y otro c/ Z.J.L. y otros s/ daños y perjuicios? de fecha 28/8/2015 (La Ley, 29 de octubre de 2015), la protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentran respaldados en tratados internacionales que integran el sistema constitucional en función del artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, entre los cuales pueden citarse el artículo 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, t. II, p. 110, Ed. Ediar). En ese contexto, el derecho al resarcimiento y a la reparación del daño se encuentran incluidos entre los derechos implícitos (art. 33, CN), especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como los artículos 17 y 41 de la Constitución Nacional refieren casos específicos (conf. CNCiv., Sala J, 15/10/2009, ?L.S. y otro c/Hospital Británico y otro s/daños y perjuicios?, E.D. 9/02/2010, n° 12.439). Estos principios fueron receptados en el nuevo ordenamiento jusprivatista, sobre la base de la doctrina y de la jurisprudencia ya elaboradas y teniendo en mira, precisamente, la incorporación de las normas de rango constitucional y convencional. Así, el artículo 1737 del Código Civil y Comercial da una definición genérica y abarcativa del concepto de daño, en tanto que el artículo 1738 determina que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. A su vez, el artículo 1740 consagra expresamente el principio de la reparación plena, y el artículo 1746 establece pautas para fijar la indemnización en caso de lesiones o incapacidad física o psíquica. Aun cuando las nuevas normas no se apliquen concretamente al caso sometido a consideración de la Sala, el cual se analizará, como ya lo dije, conforme a la ley vigente al momento del hecho dañoso, indudablemente ellas consagran los criterios doctrinales y jurisprudenciales ya aceptados en la materia, pues reiteradamente se ha dicho que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda

corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad psicofísica tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, además de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CSJN, Fallos 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715). En ese marco, cabe señalar que en materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial resulta de particular trascendencia en lo que se refiere a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama. Así, en su dictamen agregado a fs. 199/203, el perito médico designado de oficio expresó tras el examen físico de la actora que se aprecia contractura de los músculos para-vertebrales y del trapecio, dolor en apófisis espinosa C5-6 a la percusión (...) Se aprecia actitud escoliotica de grado leve (...) Refiere dolor a la movilización de la columna a predominio de la zona izquierda (...) Se observa a simple vista zona triangular con case superior de 9 cm de longitud por 3 cm y por un cm. En su vértice, zona externa medial hiperpigmentada con hipoestesia resabio de hematoma? (fs. 200 vta). Por lo cual concluyó en que la actora presenta una incapacidad física parcial y permanente del 6 % (fs. 200 vta.)?. A su vez, en la faz psicológica, informó el siguiente diagnóstico: depresión reactiva postraumática leve. Lo cual le produce una incapacidad en el área psíquica parcial y permanente del 8 % (ocho por ciento) (fs. 201). No encuentro razones fundadas para apartarme de lo informado por el Dr. Irisarri, al ponderar sus conclusiones en el marco de las facultades que me confieren los artículos 386 y 477 del Código Procesal. No obsta a dicha conclusión la impugnación y pedido de aclaraciones formulado por la demandada a fs. 231 en relación a dicha pericia, habida cuenta de las categóricas respuestas brindadas por el idóneo a fs. 242. Las lesiones físicas y psíquicas padecidas por la actora han sido constatadas y descriptas con precisión por el especialista designado de oficio, quien asignó la correspondiente incapacidad sobreviniente; por lo demás, dichas conclusiones son contestes con las reglas de la causalidad adecuada previstas en el art. 901 y concordantes del Código Civil y reafirmadas en los arts. 1726, 1727 y concordantes del Código Civil y Comercial, puesto que según el curso natural y ordinario de las cosas, la generación de daños psicofísicos como los sufridos por la actora acostumbra suceder como consecuencia inmediata y necesaria de accidentes como el que en este caso se ventila. En consecuencia, considero que cabe confirmar la obligación de la demandada de resarcir los daños físico y psíquico padecidos por C.. A los fines de ponderar el quantum de la reparación, tengo en cuenta no sólo los porcentajes de incapacidad ya mencionados (6 % de incapacidad física y 8 % de incapacidad psíquica) sino también las condiciones personales de la damnificada, tales como su edad al momento del accidente (50 años), su estado civil y de familia (soltera, con un hijo de 25 años de edad que no vive con ella), su ocupación (empleada doméstica), el hecho de que vive con su hermana y demás condiciones socioeconómicas que surgen del expediente N° 87.158/2012 seguido entre las mismas partes sobre beneficio para litigar sin gastos, que en este acto tengo a la vista (ver fs. 10, 21 y 22). Por ello, y habida cuenta de las atribuciones conferidas a los magistrados por el art. 165 del Código Procesal, considero adecuado hacer lugar al agravio de la actora y rechazar los de la demandada en este punto, elevando a \$ 100.000 la suma total adeudada a C. por la reparación de la incapacidad psicofísica sobreviniente. Advierto que en mi opinión resulta innecesario escindir qué suma corresponde al daño físico y cuál al daño psíquico, pues lo importante es que la indemnización resarza adecuadamente el menoscabo injustamente padecido por la víctima.

2. Tratamiento psicológico En relación a este rubro de la cuenta indemnizatoria, que la señora jueza de grado admitió y cuantificó en \$ 4.320, se quejó únicamente la demandada, solicitando su rechazo porque -a su juicio- dicho resarcimiento se superpone con el del daño psíquico, lo que daría lugar a una doble indemnización del mismo perjuicio. Como punto de partida, cabe tener presente que el Dr. Irisarri ha dictaminado que la actora debería realizar psicoterapia de apoyo por un lapso de tres a seis meses, que le ayude a afrontar su situación vital a pesar de su disminución psíquica. La psicoterapia debería ser de una sesión por semana a valor de pesos cien ochenta (\$ 180) por sesión (sic). Además, debería estar medicada por un lapso no menor de 6 meses con antidepresivos del tipo de los IRS? (fs. 201). Por las mismas razones expuestas en el punto anterior, habré de atenerme a las conclusiones alcanzadas por el perito médico designado de oficio. En cambio, no habré de compartir el planteo de Metrovías S.A. según el cual la reparación de este rubro se superpondría con la del daño psicológico. Dicha supuesta duplicidad no se produce, ya que tratándose como en este caso de una incapacidad de tipo permanente, el tratamiento psicológico resulta necesario para morigerar los efectos de la lesión, ayudando a la víctima a sobrellevar de una mejor manera su vida después del menoscabo, incluso cuando éste no vaya a borrarse en un todo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), Buenos Aires, Astrea, 1994, t. 5, pág. 219). Por ello, estimo adecuado rechazar el agravio de Metrovías S.A. en este aspecto, y confirmar lo resuelto en el pronunciamiento apelado en cuanto a la procedencia del rubro. En relación al monto fijado por mi colega de grado, no habré de pronunciarme toda vez que dicho extremo no ha sido apelado por ninguna de las partes del proceso (art. 271 y cons. del Código Procesal).

3. Gastos médicos, farmacéuticos y de traslado Se quejan también la actora y la demandada en relación al resarcimiento de los gastos médicos y de farmacia (\$ 5.000) y de movilidad (\$ 2.000) acordado en el fallo recurrido. C. solicita la elevación de ambos montos a \$ 7.600 y \$ 3.500 respectivamente, mientras que Metrovías S.A. cuestiona la procedencia, y en

subsidio la cuantificación (que considera desmesurada) de los gastos médicos y farmacéuticos. Jurisprudencialmente se ha resuelto que no constituye un obstáculo para admitir la partida indemnizatoria por gastos médicos y de farmacia la circunstancia de que no se hayan acompañado comprobantes pues esos gastos deben ser admitidos siempre que las lesiones sufridas presupongan necesariamente su existencia y aun cuando la víctima haya sido tratada en un establecimiento gratuito o dependiente de una obra social (Conf. CNCiv., Sala A, 2 7 90, L.L. 1990 E 297; id. 20 6 89, LL 1991 C 65; id. Sala C, 21 9 89, L.L. 1990 A 677, 38.125 S; id. id. 10 10 89, L.L. 1990 B 191; id. Sala K, 21 12 89, LL 1991 E 617). Ello se ve reafirmado por la presunción que en la actualidad contempla el art. 1746, 2º párrafo, del Cód. Civil y Comercial. A raíz de ello, considero que el agravio de la demandada y de la compañía de seguros por el cual sostienen la improcedencia del rubro no puede prosperar. En lo atinente a su cuantificación, tengo en cuenta la relevancia patrimonial de las erogaciones que pueden inferirse a partir de la naturaleza de las lesiones y la necesidad -por parte de la víctima- de realizar traslados en taxis o remises, toda vez que de la naturaleza de la afección puede inferirse la imposibilidad, dificultad o peligro de realizar el traslado por medio de colectivos, subterráneos o subtes de Romano (cfr. Pettis, Christian R. en "Proceso de daños" (Dir.: Claudio M. Kiper), t. II, p. 253, La Ley, 2008). Del mismo modo, es razonable presumir en el presente caso que la actora debió proceder a la compra de analgésicos y antiinflamatorios, además de los antidepresivos a los que aludió el Dr. Irisarri y que ya mencioné al referirme al tratamiento psicológico (ver fs. 201). En consecuencia, y habida cuenta de las facultades conferidas a los jueces por el art. 165 del Código Procesal, considero que corresponde rechazar los agravios de ambas partes y confirmar lo decidido en el pronunciamiento apelado para los presentes rubros, por ser adecuada su procedencia y la cuantificación establecida por la magistrada de primera instancia.

4. Daño moral La a quo estableció en \$ 55.000 la suma adeudada a C. en concepto de daño moral. La cifra fue cuestionada por la demandada, quien la considera excesiva, y por la actora, que la juzga insuficiente y solicita su elevación a \$ 65.000. Los Dres. Matilde Zavala de González y Ramón Pizarro han precisado que así como el daño patrimonial constituye una modificación disvaliosa -¿económicamente perjudicial?- del patrimonio, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en que se encontraba la víctima antes del hecho y como consecuencia de éste, del mismo modo ¿el daño moral es una modificación disvaliosa -ánimicamente perjudicial- del espíritu...?, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste (cfr. Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", en JA, 1985-I-729, N° V; íd. "Resarcimiento de daños", Hammurabi, Bs. As., 1990, t. 2, a, p. 36, parág. 8; Pizarro, Ramón D., "Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación", en JA, 1986-II-900; íd. "Daño moral contractual", en JA, 1086-IV-925, N° II-5; ídem, "Daño moral", Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 47 y ss., parág. 2 y 3). La jurisprudencia ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. CNCiv., Sala 2ª, 1/6/93, "Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c/ Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro", La Ley, 1993-E-109 y DJ, 1994-1-141). Este daño, fuera de alguna opinión diferente, tiene carácter resarcitorio y no punitivo. La determinación de su cuantía en dinero cumple una función de reparación compensatoria o satisfactiva y en modo alguno de equivalencia de un daño que, por su propia índole, no es susceptible de valoración económica (cfr. Pizarro, Ramón, "Daño moral", p. 339, Ed. Hammurabi, 1996). Se ha señalado que "mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa en lugar del perjuicio; en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca a su lado". No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos)? (cfr. Zavala de González, "Cuánto por daño moral", La Ley, 1998-E, 1057).- Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima a fin de establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. El daño moral no debe ser objeto de prueba directa pues ello resulta imposible si se tiene en cuenta la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia e intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría de la responsabilidad civil", p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, "La prueba del daño moral", en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas, Félix A.-Lopez Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", T. 1, p. 478 y ss.).-

La cuantificación de este rubro es una de las tareas más difíciles pues se carece de cánones objetivos. Lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; encontrar un suceso al estado negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Gherzi, Carlos Alberto: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea,

2002, pág. 179/181); hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor. Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: "La cuantificación del daño moral", en Revista de Derecho de Daños n° 6: Daño Moral, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 185 y siguientes). Todo ello se ve reflejado en los principios consagrados en el art. 1741 in fine del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A su vez, se ha sostenido que a los efectos de determinar su cuantía, corresponde tomar en cuenta las consecuencias de la lesión, su gravedad, intensidad, extensión y los tratamientos padecidos para procurar que la indemnización otorgada cumpla la función de enmendar o neutralizar en la víctima el sufrimiento experimentado (conf. Zavala, Matilde, "El concepto de daño moral", J.A., Sec. Doctrina del 6-2-85). El dinero, el "quantum" reparatorio no cumple aquí una función valorativa exacta, sino de satisfacción y de sustitución (términos que en la actualidad se han visto plasmados en el artículo 1741 del Código Civil y Comercial) frente a los padecimientos y angustias que el accidente provocó en el damnificado. A la luz de esas premisas básicas y considerando que las lesiones padecidas por la actora en el accidente han provocado en ella una incapacidad sobreviniente que aún subsiste, lo cual evidentemente genera a su vez angustia y un menoscabo de índole espiritual que debe ser adecuadamente resarcido en función de las condiciones personales que ya he señalado al referirme al daño físico, propongo a mis colegas rechazar el agravio vertido por Metrovías S.A. en este punto y hacer lugar al de la actora, elevando a \$ 65.000 el quantum adeudado por el rubro (art. 1078, Código Civil y art. 165, Código Procesal).

VIII. Intereses En último lugar, se quejó la demandada por la tasa de interés aplicada por la magistrada de la instancia anterior, es decir, la tasa activa computada desde la fecha de acaecimiento del hecho ilícito, excepto en relación al rubro "tratamiento psicológico", para los cuales aquélla se calcularía a partir de la fecha del pronunciamiento de primera instancia. Sobre el particular, como lo he expresado en reiteradas oportunidades, entiendo que el punto de partida de los intereses respecto de todos los perjuicios que padeció la damnificada en relación causal con el siniestro, debe comenzar cuando se produjo la mora, tal como dispone la doctrina plenaria de esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.", del 20 de abril de 2009. Ello es así, pues en mi opinión el deber de indemnizar nace con el daño ocasionado a la víctima el día del hecho, y en ese momento se produce la mora del deudor, con el consiguiente inicio del curso de los intereses (art. 1748 del Código Civil y Comercial de la Nación). Aclaro que en nada modifica mi decisión lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 26.853 pues más allá de la disparidad de opiniones que existen en relación al mantenimiento de la obligatoriedad de los plenarios, el temperamento que propongo obedece a mi total convencimiento de que se trata de la solución más justa para la víctima del hecho ilícito que motivó la promoción de este proceso. Por ello, considero que debe aplicarse la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha del evento dañoso (8 de julio de 2011) hasta el efectivo pago de la indemnización. En tanto la aplicación de este criterio coincide con el que siguió la señora juez a quo en el pronunciamiento apelado, la queja de la demandada no puede prosperar. Sin embargo, aclaro que no habré de reexaminar el dies a quo a partir del cual ha de efectuarse el cómputo para el tratamiento psicológico, por cuanto dicho aspecto no ha sido materia de agravios por parte de la actora (art. 271 y cons., Código Procesal).

IX.- Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo: 1) Elevar a la suma de \$ 100.000 la indemnización por la incapacidad psicofísica sobreviniente a favor de la actora; 2) Elevar a \$ 65.000 el resarcimiento del daño moral; 3) Confirmar el fallo en todo lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada sustancialmente vencida (art. 68, Cód. Procesal). ASÍ VOTO. Por razones análogas a las expuestas por la Dra. Iturbide, los Dres. Liberman y Pérez Pardo votan en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. Firmado: Gabriela Alejandra Iturbide, Víctor Fernando Liberman y Marcela Pérez Pardo. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala. Jorge A. Cebeiro Secretario de Cámara

Buenos Aires, de noviembre de 2016. Y VISTOS: el Tribunal decide: 1) Elevar a la suma de \$ 100.000 la indemnización por la incapacidad psicofísica sobreviniente a favor de la actora; 2) Elevar a \$ 65.000 el resarcimiento del daño moral; 3) Confirmar el fallo en todo lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada sustancialmente vencida. Difiérase el pronunciamiento respecto de los honorarios y los correspondientes a la Alzada hasta tanto exista liquidación aprobada. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Gabriela Alejandra Iturbide Víctor Fernando Liberman Marcela Pérez Pardo 012407E